
判例研究

GPS 捜査によって得られた証拠の証拠能力

守田智保子

一 はじめに

日々進歩する科学技術によって生み出された、法が予想していなかった新たな捜査手法の法的性質を、どのように解するかという問題は、これまでも刑事訴訟法分野の議論の対象の一つであった。例えば、ビデオによる撮影、X 線検査、通信の傍受についての議論である。そして、このところ注目を集めているのが、GPS を用いた捜査手法である。実務においては任意捜査として行われていたこの手法に対し、わが国の最高裁平成29年3月15日大法廷判決¹は、その強制処分性を認めて、令状を得ないで行われた当該 GPS 捜査を違法と宣言したが、その一方で、それによって得られた証拠については、第一審の証拠決定を支持するのみであった。しかし、GPS 捜査を違法と判断するにあたっての最高裁と下級審の理由づけは、それぞれ異なっており、そのことは当該捜査によって獲得された証拠能力の判断にも影響を与えるはずである。そこで、本稿では、この点に着目して、このような場合の証拠排除のありかたについて若干の検討を試みる。

二 最高裁平成29年3月15日大法廷判決

1. 最高裁に至るまでの経緯

約1年の間に長崎県、大阪府及び熊本県で発生した窃盗・侵入盗事件に関する捜査で、捜査機関が、約6ヶ月に渡り被告人らの使用する自動車やバイク合計19台に対して、無令状で順次 GPS 端末を取り付けて、それぞれの位置情報を断続的に取得していたというのが、本件の GPS 捜査である。これら GPS 端末は、おおよそ3

1 刑集71巻3号279頁。

日ないし4日程度で充電が必要なものであったため、その都度、交換対象となるGPS端末の位置情報を取得するなどしたうえで、本体ごと取り換えて捜査を継続していたが、警察官らはその際、管理者の承諾または令状発付を受けずに、商業施設駐車場やコインパーキング、ラブホテルの駐車場等の私有地に立ち入り、実施していた。

GPS捜査の実施については、警察内部で移動追跡装置運用要領（以下、「運用要領」とする）が作成されており、罪種を連続窃盗等に限定し、捜査上特に必要がある場合に、犯罪を構成するような行為を伴うことなく実施することや、その実施にあたっては保守義務を徹底すること等が定められていた。GPS捜査の実施状況は、捜査報告書に記載されず、またその公判廷供述によれば、警察官らは、GPS捜査の実施にあたって作成した資料を廃棄したうえ、本件が期日間整理手続兼公判前整理手続に付された後に弁護人が本件GPS捜査を主張するまでの間、検察官にさえも実施の報告をしていなかった。さらに、公判廷において警察官らは、本件GPS捜査の実施状況について曖昧な供述をし、今後も同様の捜査を行う可能性がある旨を述べた。

このような経過を辿った本件GPS捜査について、大阪地裁平成27年6月5日決定²は、本件GPS捜査に重大な違法を認めた。第一に、GPS捜査によって取得できる情報の精度の程度とそれによるプライバシー侵害の可能性が考慮された。すなわち、本件GPS捜査によって取得できる位置情報の精度は、警察官らが携帯電話機を使用して検索した際のGPS端末の所在地点に関する状況に依存するとはいえ、少なくとも警察官らが被告人らの乗る自動車を失尾した際に、その位置情報を取得することで追尾を可能にした程度には高いものと認められる。したがって、GPS捜査には、必然的に、不特定多数の第三者からは目視により観察されることのない「プライバシー保護の合理的期待」の高い空間にある対象車両の位置情報を取得する可能性を含んでおり、プライバシー侵害を伴うものである。そのため、本件GPS捜査が単なる追尾の補助手段であるということとはできない。実際に、本件捜査は、その性質上、利用客以外の者が出入りすることの予定されていない施設の位置情報を取得していた。

第二に、GPS捜査は、GPS端末の取付けまたは取外しの際の私有地への侵入行

2 LEX/DB25540368。

為を伴うことも想定されるものであり、これによって第三者の権利が侵害されるおそれがあることが考慮された。本件においては、警察官は、その施設の性質上、包括的承諾があったとは必ずしも言い得ないラブホテルの駐車場に、令状を得ることなく、管理権者にも無断で立ち入った。これは、管理権者に対する権利侵害があったと評価され得る行為であった。

大阪地裁は、これら GPS 捜査に特有の性質に照らせば、GPS 捜査は対象者のプライバシー等を大きく侵害するものであると指摘し、強制処分にあたるとした。そして、本件 GPS 捜査は、携帯電話等の画面上に表示された位置情報を捜査官が五官の作用によって観察するものであることを理由として、検証としての性質を有するとした。

捜査機関が、約 6 ヶ月の長期間に合計 19 台の車両に対する大規模な GPS 捜査を行ったにもかかわらず、これが無令状で行われたうえ、令状取得の必要性、可能性及び取得すべき令状の種類等についての検討も行わなかったことに対しては、「検証許可状を請求して司法審査を受けるいとまが十分にあり、そのほか令状請求に何ら支障があったわけではないのに、これを怠ったまま長期間にわたり無令状で本件 GPS 捜査を続け、そのような検討をも怠った点は、警察官らの令状主義軽視の姿勢の現れと評価せざるをえない」とし、警察官らが、GPS 端末の交換のために管理者の承諾や令状なく私有地に立ち入ったことは、「警察官らが、私有地への立入りを違法であると認識した上で、立入りの時間が短時間であれば問題ないと考えていた」ものであるとした。これらに加えて、運用要領に従って GPS 捜査の実施状況が保秘されていた点に対し、捜査対象者に知られることによって捜査の実効性が失われることを防ぐためのものであったとはいえ、「このような警察官らの対応は、GPS を使用した捜査の適法性に対する司法審査を事前にも事後にも困難にするものであって、捜査に対する司法的抑制を図ろうという令状主義の精神に反するものといわなければならない」とし、そして「犯罪を構成するような行為を伴うことなく」GPS 端末の取付けや取外しがされなければならないと定めている運用要領にも反して建造物侵入罪を構成しかねない行為がなされたことは、警察官らが運用要領さえも遵守しようとしなかったことが疑われ、「まさにこのような事態を防止するため、令状主義が意味を有することも指摘できる」とした。大阪地裁は、これら一連の警察官らの態度について、令状主義軽視のあらわれであるとし、その違法の程度の重大性を認めた。

くわえて、将来の違法捜査抑止の見地からの検討として、GPS 捜査が今なお進歩し続ける技術によるものであり、さらに高精度なものになることに比例して対象者のプライバシーを侵害するおそれもより高くなるという性質を併せ持つ可能性が想定できる点が、「考慮すべき事情の一つ」であるとされた。

これらの考慮によって、本件 GPS 捜査による追尾と犯行の現認で直接的に得られた証拠として、犯行現場の写真撮影報告書、犯行日時特定の立証のための捜査報告書、そして犯行使用車両発見の状況等立証のための捜査報告書の証拠能力が否定された。さらに、上記排除証拠を疎明資料として発付された捜索許可状の執行により獲得された各被害品に関する捜査報告書、写真撮影報告書、還付請書は、上記排除証拠と密接な関連性を有する証拠として、その証拠能力が否定された。

その一方で、被告人と共犯者の供述調書等については、これら排除証拠を主要な疎明資料として発付された逮捕状によって逮捕され、後に勾留された際に録取されたものであり、「本件 GPS 捜査によらなければ犯行使用車両の追尾及び犯行の現認が極めて困難であったことからすれば、証拠能力のない証拠と関連性を有する」と認めつつも、それらは本件排除証拠との密接な関連性を有しないとして、証拠能力が肯定された。密接関連性を否定する事情としては、被告人らの供述の任意性を疑わせる事情が認められないこと、被告人らがいずれ各自の記憶に基づいて供述可能であったこと、本件逮捕勾留時には一定程度の証拠収集がされており、自白獲得目的の身柄拘束ではなかったこと、そして、被告人に対しては、既に発付されていた別事件の逮捕状による逮捕が可能であり、余罪捜査の一貫として任意の供述が期待できたことなどが考慮された。被告人は、これら排除証拠以外の証拠に基づいて有罪とされた。

大阪高裁平成28年3月2日判決³では、大阪地裁平成27年7月10日判決⁴において、上記大阪地裁決定で排除された証拠を除く証拠で有罪とされた被告人側が、本件 GPS 捜査には令状主義の精神を没却するような重大な違法があったことを理由として公訴権濫用を主張し、くわえて、大阪地裁決定で排除されなかった証拠の排除を求めた。しかし、大阪高裁は、本件 GPS 捜査には「対象車両使用者のプライバシーを大きく侵害するものとして強制処分に当たり、無令状でこれを行った点において違法と解する余地がないわけではないとしても、少なくとも、本件 GPS 捜

3 LEX/DB25542299。

4 LEX/DB25540767。

査に重大な違法があるとは解され」ないとして、これらの主張を排斥した。本件では、被告人に一連の窃盗事件についての嫌疑が相当程度あり、また被告人が広域を高速移動するほか摘発等を警戒していたという状況の中では GPS 捜査実施の必要性が存在しており、被告人がごく頻繁に複数の車両を乗り替えていたことから GPS 捜査の期間や規模には相当の理由があり、仮に令状発付の必要があったとしてもその実体的要件は満たしていたと認められるとしたうえ、本件 GPS 捜査が実施された当時には、これを強制処分と解する司法判断が示されていたり定着していたりしてはいなかったという背景をも理由として、警察官の令状主義の諸規定を潜脱する意図が否定された。

大阪高裁は、GPS 捜査の法的性質について正面から論じることなく、本件 GPS 捜査の違法の重大性を否定した。これに対し、被告人側が上告したことによって、最高裁に本件がもたらされた。

2. 最高裁の判断

最高裁は、GPS 捜査について、その性質上、個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間に関わるものも含めて、対象者の所在と移動状況を逐一把握することが可能なものであり、個人の行動を継続的、網羅的に把握することを必然的に伴う点で、個人のプライバシーを侵害し得るものであるということと、対象者の使用する自動車らに GPS 端末を取り付けるといういわゆる装着型の捜査の場合には、GPS 端末を対象車両等に装着する際に、公権力による私的領域への侵入を伴うものであるということの2点を指摘した。

続いて、憲法35条の保障対象には、住居、書類及び所持品に限らず、これらに準ずる私的領域に「侵入」されることのない権利が含まれるものと解するのが相当であるとし、GPS 捜査は、「個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害するもの」であり、強制処分であると明言し、「一般的には、現行犯人逮捕等の令状を要しないものとされている処分と同視すべき事情があると認めるのも困難であるから、令状がなければ行うことのできない処分」であると判断した。

そして、GPS 捜査は、検証と同様の性質を有するものの、「対象車両に GPS 端末を取り付けることにより対象車両及びその使用者の所在の検索を行う点において、『検証』では捉えきれない性質を有することも否定し難い」ことを認め、検証とは異なった捜査方法であると明言した。仮に、検証許可状あるいは搜索許可状と併せ

て執行するにしても、被疑事実と関係のない使用者の行動を過剰に把握することを抑制することはできず、裁判官による令状審査を要求する趣旨を満たすことはできないこと、GPS 捜査が秘密裡に行われる手段であるという性質を鑑みると事前の令状呈示もされ得ないことを指摘し、他の手段によって令状呈示にかわるような「公正の担保の手段が仕組みとして確保されていないのでは、適正手続の保障という観点から問題が残る」として、GPS 捜査の性質に着目した立法的な措置が講じられることが望ましいとした。

しかし、最高裁は、本件 GPS 捜査によって得られた証拠の証拠能力については、「本件 GPS 捜査によって直接得られた証拠及びこれと密接な関連性を有する証拠の証拠能力を否定する一方で、その余の証拠につき、同捜査に密接に関連するとまでは認められないとして証拠能力を肯定し、これに基づき被告人を有罪と認定した第一審判決は正当であり、第一審判決を維持した原判決の結論に誤りはない」と述べたのみであった。

三 検討

1. 問題の所在

本件は、見解の分かれていた GPS 捜査の法的性質について⁵、最高裁としてこれを強制処分であるとする立場を示した初めての判例であると同時に、強制処分法定主義との関係で、新しい捜査手法を既存の強制処分に当てはめることなく、正面から立法の必要性を認めた点において意義のある判例である⁶。しかし、その一方で、

5 GPS 捜査を任意捜査とする見解について、たとえば、滝沢誠「GPS を用いた被疑者の所在場所の検索について」『立石二六先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2010年）733頁、清水真「自動車の位置情報把握による捜査手法についての考察」法学新報117巻7＝8号443頁がある。また、これを強制捜査とする見解として代表的なものに、指宿信「ハイテク機器を利用した追尾監視型捜査」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』（成文堂、2007年）182頁、同「GPS 利用捜査とその法的性質」法律時報87巻10号58頁、山本和昭「GPS を使用した証拠収集の適法性をめぐる二つの決定」専修ロージャーナル11号49頁、稲谷龍彦「情報技術の革新と刑事手続」ジュリスト増刊刑事訴訟法の争点40頁、大野正博「GPS を用いた被疑者等の位置情報検索」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』（成文堂、2014年）485頁などがある。

6 本件に関する研究は多いが、とりわけ代表的なものとして、伊藤雅人＝石田寿一「判解」ジュリスト1507号106頁、宇藤崇「捜査のために GPS を使用することの適否について」法学教室440号152頁、石田倫識「GPS 捜査の適法性」法学セミナー749号98頁、堀口悟郎「GPS 捜査とプライバシー」法学セミナー750号104頁、中島宏「GPS 捜査最高裁判決の意義と射程」法学セミナー752号10頁、我妻路人ほか「GPS 捜査最高裁判決を導いた弁護活動」同16頁、

強制処分法定主義に反すると評価された本件 GPS 捜査の実施によって直接あるいは間接的に得られた証拠の証拠能力については、第一審判決が証拠排除をしなかった証拠に基づいて有罪認定をし、これを維持した原判決にも誤りはないと述べたのみで、詳細な議論をしていない点に疑問を残すものであったといえる。

証拠決定をした大阪地裁決定は、証拠排除の検討にあたって、本件 GPS 捜査を違法な強制処分に当たるとしたが、これはあくまでも、本件 GPS 捜査を既存の検証という強制処分に当たると解したうえで、このような強制処分が実施されたのにもかかわらず無令状であっただけではなく、令状請求を検討したという事実も認められないことを理由に、当該 GPS 捜査を違法であると判断したものである。そのため、違法の重大性判断もこれまでと同様の判断枠組みがとられている。

その一方で、最高裁は、GPS 捜査について、「対象車両に GPS 端末を取り付けることにより対象車両及びその使用者の所在の検索を行う点において、『検証』では捉えきれない性質を有することも否定し難い」とし、これを検証であるとする大阪地裁とは異なった立場を示した。GPS 捜査の特質とその実施方法ゆえに既存の強制処分に関する規定を用いてこれを行うにあたって、手続の公正さを担保する方法が用意されていないため、「適正手続の保障という観点から問題が残る」という。

それゆえ、本判決における意義深い点は、現在法定されている強制処分に該当しないまったく新しい捜査手法を行うことが、強制処分法定主義からも令状主義からも認めることができず、それ自体で適正手続に反するという重大な違法を含んでいることを最高裁が示唆したと解する余地がある点にも求められると考えられる。このことを前提とすると、この適正手続に反して獲得された違法収集証拠を排除する議論も自ずと、これまでとは異ならなければならないが、最高裁はこの点については何ら検討をせずに、大阪地裁の証拠決定に誤りはないとした。

2. 大阪地裁決定における証拠排除判断

上述のとおり、大阪地裁決定は、令状発付の時間的余裕が十分にあるなかでそれを怠ったということ、GPS 端末の取付けまたは交換の際にその管理権者の承諾や令状発付を得ることなく第三者の私有地に立ち入ったこと、その立入行為が建造物

大野正博「いわゆる『現代型捜査』の発展と法の変遷」同22頁、山田哲史「GPS 捜査と憲法」同28頁、辻本典央「監視型捜査に対する法規制の未来－GPS 捜査の立法課題」同33頁、前田雅英「いわゆる GPS 捜査の合憲性」捜査研究798号28頁などがある。

侵入罪を構成しかねない行為であったこと、さらに実施状況を保秘したことに、警察官らの令状主義軽視の態度を見出し、違法の重大性を認定した。それだけではなく、排除相当性の点についても、今後の科学技術の発展によってはさらに GPS 捜査によって獲得される情報が高精度になることに伴って、対象者のプライバシー侵害の程度も高くなるおそれがあることから、将来の違法捜査抑止の必要性を認めて、証拠排除に至っている。

ここで考慮された各事情は、最高裁昭和53年9月7日第一小法廷判決⁷（以下、最高裁昭和53年判決とする）の提示した「違法の重大性」と「排除相当性」という排除要件⁸を満たすべく挙げられたものであるが、これら2つの要件は、政策的な見地からの要求である。すなわち、最高裁昭和53年判決は、違法収集証拠の証拠能力については憲法及び刑事訴訟法に何らの規定もおかれていないことを理由として、この問題は刑事訴訟法の解釈に委ねられているものとし、排除法則を憲法が要求するルールであるとは認めず、さらに、「令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜索の抑制の見地からして相当でないと認められる場合」に、証拠能力を否定するとした。このことから、わが国の排除法則の根拠は憲法の保障から導かれてはおらず、証拠獲得手段に違法性が認められた場合に証拠排除されるという絶対的排除ではなく、その違法の重大性と排除相当性が認められた場合に排除するという相対的排除の立場をとったものであるということが理解できる。さらに、この相対的排除法則によって証拠排除を認めるには、これまでの判例の蓄積から⁹、①有勢力行使の程度、②嫌疑の濃厚性、③捜査官の主観面、④証拠獲得手段自体の違法性、⑤違法な先行手続と証拠獲得手段の間の因果関係、⑥行為の必要性、⑦証拠の重要性、⑧その他の事情が、総合的

7 刑集32巻6号1672頁。

8 学説においては、この2つの要件の関係について、証拠排除には両方を満たすことが要求されると解するもの（重畳説）に、たとえば、石井一正「違法収集証拠の基準」判例タイムズ557号9頁、三井誠「所持品検査の限界と違法収集証拠の排除」ジュリスト680号110頁などがある。一方、排除の要件としてどちらかを満たせばよいとしたと解するもの（競合説）に、代表的なものとして、田口守一『刑事訴訟法〔第5版〕』（弘文堂、2009年）339頁がある。これらの議論に対し、田宮裕博士は、「違法が重大である以上、排除の必要性は当然肯定されるので、ほとんど同義反復以上の意味をもちえない」と指摘された（『刑事訴訟法〔新版〕』（有斐閣、1996年）403頁）。

9 最高裁昭和61年4月25日第二小法廷判決刑集37巻6号791頁、最高裁昭和63年9月16日第二小法廷決定刑集42巻7号1051頁、最高裁平成6年9月16日第三小法廷決定刑集48巻6号420頁、最高裁平成7年5月30日第三小法廷決定刑集49巻5号703頁。いずれも違法の重大性を認めず、排除は相当でないと、違法収集証拠の証拠能力を肯定した。

に、証拠排除を検討する際の要素となってきたと考えられる。

このうち、③捜査官の主観面は、これまでの判例においても重要な役割を占めてきた。すなわち、違法の重大性を否定するにあたっては、捜査官において令状主義に関する諸規定を潜脱する意図があったとはいえないという点が指摘され続けてきた一方で、実際の証拠排除の際にもこの点は大きな役割を果たした。最高裁が排除法則を適用して初めて証拠排除をした平成15年2月14日第二小法廷判決¹⁰（以下、最高裁平成15年判決とする）では、証拠能力が争われた証拠の獲得に先だってなされた被告人の逮捕にあたって、逮捕令状を携帯せず、それを呈示しなかったにもかかわらず、警察官が逮捕令状と捜査報告書に呈示した旨の虚偽記載をしたという点と、その後の公判廷において警察官らが令状呈示をした旨虚偽の証言をしたという点とが注目され、「本件の経過全体を通して現れたこのような警察官の態度を総合的に考慮すれば、本件逮捕手続の違法の程度は、令状主義の精神を潜脱し、没却するような重大なものであると評価されてもやむを得ないものといわざるを得ない」との評価を導いた。

この点については、証拠物発見後の捜査官による違法行為は証拠物の証拠能力に影響を与えないとした最高裁の立場を鑑みると¹¹、公判廷での虚偽証言は捜査過程における法無視の態度を裏付けるにとどまるに過ぎず、捜査過程における警察官の法無視の態度をあらわすものとしては、虚偽記載が決定的な要素となって、違法の重大性が認められたと解することができる¹²。一方、この法無視の態度を、端的に将来の違法捜査のおそれがあることから、これを抑止する必要があるとして排除相当性を導くものとする見解もあるが¹³、仮に捜査後の事情である公判廷での虚偽証言から排除相当性が導かれるとすれば、捜査過程とは特に関わりのない事後の捜査官の態度を考慮することとなり、排除を肯定するにせよ否定するにせよ、排除法則の適用範囲が不当に広がり妥当ではないように思われる。さらに、最高裁が排除法則の（少なくとも1つの）根拠としている抑止効は、違法捜査抑止に目を向けてい

10 刑集57 卷2号121頁。

11 最高裁平成8年10月29日第三小法廷決定判時1584号148頁。捜索・差押令状を執行した結果覚せい剤が発見されたことに対し被疑者が「そんなあほな」と述べたことをきっかけとして警察官が暴行を加えたという事案において、暴行が証拠物発見後に行われたものであることを理由に、「証拠物の発見を目的とし捜索に利用するために行われたものとは認められない」と述べ、違法収集証拠として排除することを認めなかった。

12 朝山芳史「時の判例」ジュリスト1249号145頁。

13 座談会「排除法則の現状と展望」現代刑事法5 卷11号4 頁、17頁〔田口守一発言〕。

るものであり、当該違法捜査を対象にしているのだから、その余の事柄までも考慮に入れるものではない。それだけではなく、捜査官の捜査後の態度を重視することは、証拠排除について、違法行為を行った捜査官および捜査機関に対する制裁としてみなす色彩が濃くなってしまう。たしかに、排除法則に一定程度の制裁的效果は認められるとしても、その制裁をもって捜査官の将来の違法を思いとどませようという機能をもつことを前面に押し出すと、この抑止効に効果がなければ証拠排除は不要であるという結論に傾くことになるし、また、他の制裁で足りるなどという議論にも結びつきかねない。しかし、証拠排除は、捜査官個人または捜査機関に対する制裁ではなく、後述のとおり、適正な手続による科刑を実現させるために行われるべきものである。そのため、捜査段階とは関係のない捜査官の態度については、捜査段階の令状主義潜脱の意図を補強する事情として考慮され得るとしても、それ自体が証拠排除の決定的な要因とはなるべきではない。捜査官の主観面をあらわす事情としては、捜査段階のものが主たる要素としての役割を担うべきであり、最高裁平成15年判決は、捜査過程での捜査官らの虚偽記載を重視して違法の重大性を認定したと考えられる。

大阪地裁決定は、前述のような警察官らの行為を令状主義軽視の姿勢のあらわれであるとして重視し違法の重大性を認め¹⁴、本件 GPS 捜査によって直接得られた証拠を排除した。しかし、そのうち、被告人の起訴後に GPS 捜査が実際に発覚するまで検察官にすら秘匿していたという点は、運用要領で定めていたとおり捜査機関が組織として秘蔵を徹底していたのであるから、捜査段階における警察官の令状主義軽視という主観面を強く推認させるものではないといえるし、検察官に秘匿していたという点のみで、警察官らの令状主義潜脱の意図を認めることはできず、警察官らの主観面との関係でいえば、せいぜい事後的な事情から捜査段階における意図を推認させる役割を有するに過ぎない。本件で証拠排除をもたらした重要な要素は、捜査過程において見られる警察官らの態度であると考えられる。

次に、排除証拠を主要な疎明資料とする搜索差押許可状に基づいて行われた搜索の結果得られた第二次証拠についても、証拠能力の認められない証拠との密接関連性が肯定され、証拠排除となった。最高裁平成15年判決は、令状発付にあたって司法審査を経たということと、別罪について既に発付されていた搜索差押許可状に

14 緑大輔「GPS 端末による静動捜査によって得られた証拠を排除した事例」TKC ローライブラリー新・判例解説 Watch・刑事訴訟法 No.100、4 頁。

よってもいずれは証拠が発見されていたであろうことを理由として、第二次証拠の証拠能力を認める判断をした。いわゆる密接関連性を認め得る要素の存否が鍵となる。大阪地裁決定もこの判断枠組みに従い、「この捜査によって得られた証拠以外に見るべき疎明資料があったとは考え難く、そのほか本件 GPS 捜査との関連性を希薄化させるような事情は見当たらない」として、第一次証拠と第二次証拠獲得との間の介在事情の存在を否定した。また、司法審査が介在したことを最高裁平成15年判決は重視していたが、本件は、令状請求時に本件 GPS 捜査が実施されたことが秘匿されていた点を挙げて、司法審査がなされたという形式的な事情のみをもって密接関連性を否定することはできないとし、証拠排除をしている。したがって、警察官の主観面の考慮では重要な役割を果たしていなかったこの秘匿の点は、捜査機関において秘匿を徹底していたことによって令状発付にあたっての令状審査の適正さを害したと推測される事情としての役割を果たしたといえる。

その一方で、第一次証拠を主要な疎明資料として発付された逮捕令状によって身柄拘束した後には得られた供述については、その供述調書作成に際して任意性を窺わせるような事情が存在しないこと、また他の事実での身柄拘束も可能であり、いずれはその余罪捜査の一貫として供述を獲得することが期待できたということから、密接関連性を否定した。しかし、この点については、大阪地裁も認めるとおり、「本件 GPS 捜査によらなければ犯行使用車両の追及及び犯行の現認が極めて困難であった」のであり、いずれは別事件での身柄拘束において余罪捜査の一貫として獲得し得たという極めて仮定的な事情がどこまで考慮されるべきであったかについて疑問を残すものである。とはいえ、最高裁平成15年判決も、上述のとおり、別罪について発付されていた搜索差押許可状の執行によって、いずれ当該証拠物は発見されていたであろうという仮定的な判断をして第二次証拠の証拠能力を認めていた。これら仮定的判断が許されるべきか否かという問題は別個論じる余地があるとしても、以上のような大阪地裁決定における証拠能力にかんする判断は、全体として、従来の最高裁の判断と同じ枠組みを用いたものであるといえる。

3. 強制処分法定主義と令状主義に反した捜査による証拠排除

すでに述べたとおり、大阪地裁決定は、従来の最高裁の判断と同一の判断枠組みを用いて証拠排除を認定したものであり、これが GPS 捜査を既存の強制処分たる検証であると解することを前提とする限りにおいては、別段批判されるべきもので

はない。むしろ、従来の判断枠組みのなかで慎重に証拠能力を検討したものとして評価されるべきものであると考えられる。

しかし、これに対し、最高裁は大阪地裁決定の前提とは全く異なった立場、すなわち GPS 捜査を検証など既存の強制処分の範疇のなかでは賄いきれない特性を有する別個の強制処分であると解する立場を示した。本件 GPS 捜査は強制処分法定主義と令状主義に反した違法な強制処分である。そうであれば、その違法は、既存の強制処分を実施するにあたって令状の発付を怠った場合のような、いわば手続的な瑕疵について認められる違法と比べて、その質と程度の両面において深刻かつ重大なものであると考えられる。

最高裁は GPS 捜査によって侵害される権利の問題を論じるにあたって、強制処分の定義にかんする重要利益侵害説の立場を前提として¹⁵、憲法35条が私的領域に侵入されることのない権利、プライバシー保護の権利を保障することを認めた。従来、憲法35条の保障する内容については、そこにプライバシー権の保護が含まれるとし¹⁶、実体的権利と手続的権利の両面における保障をしているものと解する説があったが¹⁷、最高裁も本判決によってこれを認める立場をとったといえる¹⁸。本判決で憲法35条を援用することの妥当性については批判的な見解もあるが¹⁹、いずれにしても、本件 GPS 捜査が、憲法35条の保障を侵害したものであると判断される限り、その違法の程度は高い。さらに、これが仮に検証や搜索押収の許可状を得て行われていたと仮定したとしても、GPS 捜査の特質上、被疑事実とは関係のない情報を過剰に把握する危険性が必然的に含まれるため、裁判官による令状審査が設けられた趣旨を満たすことはなく、事前の令状呈示がなされることも到底想定できない捜査手法であるから、手続の公正さを欠き許されない。したがって、現在の法の下では実施することは許容されないものであったといえる。

ところで、学説においてはかねてから排除法則の法的根拠の1つとして憲法35条があげられてきた²⁰。同条は、証拠排除について明言してはいないが、本判決でも

15 伊藤＝石田・前掲注6、110-111頁。

16 長谷部恭男『憲法〔第3版〕』（新世社、2004年）263頁、佐藤幸治『憲法〔第3版〕』（青林書院、1995年）581頁。

17 大石真「憲法35条解釈の再構成」法学論叢136巻4＝5＝6号 188-194頁。

18 山田・前掲注6、28頁。

19 同上・29頁。

20 平野龍一「証拠排除による捜査の抑制（1）」刑法雑誌7巻1号22頁、「同（2）」同7巻2・3・4合併号243頁（捜査と人権（刑事法研究第3巻）所収）、光藤景皎『刑事訴訟行為論』

認められたとおり、同条が手続的権利のみではなく実体的権利をも保障していると考えられるからには、実体的権利保障が侵害された場合にこれを治癒するなんかの方法が用意されていなければそれは空虚なものでしかない。しかし、憲法35条の文言はこれに反した場合の証拠排除には触れていないという批判もあるとおり²¹、仮に同条の保障が侵害された場合の救済等があり得るとしても、その方法は証拠排除に限定される必要はないと考えられるため、ここから直接的に証拠排除を導くことは困難である。

その一方で、憲法31条は、憲法の諸規定違反とならない場合であってもなお不適正な刑事手続を拒否する役割を担うものと解されるため²²、証拠排除をこの適正手続の要求から導くことが可能であると考えられる²³。適正手続の要求は、公判の準備段階である捜査段階においても要求されるところ²⁴、本件 GPS 捜査は、最高裁も認めたとおり、強制処分法定主義および令状主義に反した手続であり、適正手続の要求を明らかに満たさないものであった。さらに、適正手続は、捜査機関のみに求められるのではなく、適正な手続を経てはじめて科刑をなし得ることを裁判所に要求するものである²⁵。したがって、本件 GPS 捜査が強制処分法定主義および令状主義に反する重大な違法を伴うものであった以上は、これによって獲得された証拠は排除されなければならない。その違法の重大性や排除相当性という政策的要件を持ち込む必要はない。この場合には、適正手続に反する証拠は、科刑に用いることが許されないとして原則排除されるため、いわゆる絶対的排除の観点から証拠能力が検討されることになる。そうすると、大阪地裁において検討されたような諸要素について逐一検討する煩雑さも避けることができる。

さらにその観点からは、本件 GPS 捜査によって直接的に獲得された証拠はもちろんのこと、間接的に得られたいわゆる派生証拠・第二次証拠の証拠能力も問題になる。わが国の最高裁や下級審は、そのような証拠の証拠能力判断にあたって、前

（有斐閣、1974年）276頁、田宮・前掲注・8、349頁。

21 川上和雄『証拠法ノート（1）捜索・差押〔改訂版〕』（立花書房、1998年）295頁。

22 市川正人『ケースメソッド憲法〔第2版〕』（日本評論社、2009年）188-189頁。

23 田宮裕『捜査の構造』（有斐閣、1971年）307頁、光藤・前掲注20、276頁。なお、この点について拙稿「適正手続条項による証拠排除－Richard Re の“The Due Process Exclusionary Rule”を手がかりとして－」筑波法政66号89頁。

24 捜査を公判のための準備活動と捉えるべきであると指摘するものとして、後藤昭『捜査法の理論』（岩波書店、2001年）253-356頁。

25 佐藤幸治『日本国憲法』（成文堂、2011年）330-331頁、内野正幸『憲法解釈の論点〔第4版〕』（日本評論社、2005年）96-97頁。

述のとおり、違法な先行手続とその後の獲得手段との間にその違法性を遮断するような介在事情と、別個独立した手段での現実のまたは将来の（仮定的な）獲得といった事情を考慮要素としてきた。すなわち、いわゆる違法の承継論といわれる、一連の手続を全体として捉えて先行手続の違法を後行する証拠獲得手続がどの程度引き継いでいるか、その後行手続が帯びる違法の重大性の有無について判断するという手法の採用である。そして、最高裁平成15年判決は、第一段階として、先行手続の違法の重大性を検討し、第二段階目として、その先行手続と証拠獲得手段の間の因果関係を密接関連性という見地から検討して証拠能力の判断を行う手法を用いた。この判断枠組みは、きわめてアメリカ法における毒樹の果実理論に類似したものと考えられる。そもそも、毒樹の果実理論は、「違法な第一次証拠をもとにして得られた第二次証拠」を排除するという理論としてではなく、「違法な先行手続に引き続いて行われた手続によって獲得された証拠」について排除法則を適用できるか否かの理論として生まれた²⁶。そしてまた、わが国における最高裁平成15年判決の判断枠組みも同様に、そのような場合に排除法則を適用し証拠排除を行い得るか否かを検討するためのものである。このことは、本来、違法な証拠獲得手段で得られた証拠を排除するという排除法則の適用範囲が、それとは別の手続があった場合にまで拡大されていることを意味している。しかし、わが国とアメリカの議論のアプローチは異なる。すなわち、毒樹の果実論は、証拠排除の射程範囲を違法な手続に引き続いて獲得された証拠に及ぼしているのに対し、わが国の排除法則は派生証拠・第二次証拠に対しては原則としてその範囲内にあるとはせず、例外的に因果関係があると認められた場合に違法が承継されたものとして証拠排除を検討するという判断枠組みを採用している。このように、わが国の排除法則が基本的には相対的排除の立場をとってきたにもかかわらず、同じ要素を考慮して、アメリカの絶対的排除の例外則を採用したと思われるような判断をしてきたことは、極めて奇妙な現象であった。

ところが、仮に適正手続に反することを理由として憲法31条から本件の証拠排除を認めた場合には、その前提は絶対的排除であるから、上記のようないわゆる毒樹

26 高田昭正「先行手続の違法と証拠排除：『毒樹の果実』論と『違法の承継』論」立命館法学2012巻5・6号3478頁、3483頁は、「『毒樹』とは、本来、証拠を『毒する』『汚す』ことになる捜査機関の違法行為じたいを意味するはずだ」と指摘する。同様に、これまでの「毒樹」を第一次証拠として説明するわが国の見解の誤りを指摘するものとして、緑大輔『刑事訴訟法入門』（日本評論社、2012年）298頁。

の果実論と同様の判断枠組みを用いて、本件のような派生証拠・第二次証拠の証拠能力を検討することに違和感はない。違法な先行手続とそれに引き続いて獲得された証拠との間の因果関係やその他の事情をどの程度まで考慮するかについては、別途検討の余地があるが、いずれにしても、絶対的排除を前提とした「例外的に証拠排除をしないためのルール」を、相対的排除にあてはめて「例外的に証拠排除する場合に、さらにその例外として証拠排除をしないためのルール」として読み替えるよりも素直なもののように考えられる。とはいえ、結局考慮される事情はほぼ変わりがないのであるから、結論としてみれば、実際に排除された証拠の結果に大きな違いは生じないという批判はあり得よう。

しかし、大阪地裁が相対的排除の立場から従来の判断枠組みで被告人らの供述調書等の証拠能力を認めたという点については、違いが生じる。再び確認すると、大阪地裁は、証拠排除を否定する（違法な先行手続との密接関連性を否定する）にあたって、①被告人らの供述の任意性を疑わせる事情の不存在、②いずれ被告人らが各自の記憶に基づいて供述を行う可能性、③本件逮捕が自白獲得目的ではなかったこと、そして④既に発付されていた別事件の逮捕状による身柄拘束をして余罪捜査の一貫として供述獲得が期待できた、という諸事情を考慮した。しかし、令状主義と強制処分法定主義に反した捜査によって不適正な手続が行われたことを理由として証拠排除する場合には絶対的排除を前提として議論すべきであると考えれば、その令状主義違反と強制処分法定主義違反という重大な違法の手続が、被告人らの供述獲得に至るまでの間にどの程度その因果関係を薄められたか（すでに関連性があることは肯定されている）の事情を確認することになるので、②および③の点は考慮要素ではない。さらに、①については、違法な捜査によってもたらされた身柄拘束の間の供述に任意性があるか否かという自白の任意性あるいは適法性の問題として論じればよい。結局は、④の事情のみが考慮されるべきものとなるが、いずれは任意の供述が獲得できたであろうという極めて仮定的な「期待」が、先行する重大な違法のある手続とその後の証拠獲得までの間の因果関係を薄める事情として重要な価値を有するかについては疑わしい²⁷。したがって、①の議論の結論によっては、証拠能力を認められる可能性はあるものの、排除法則の派生証拠・第二次証拠の議

27 この点については、毒樹の果実論における不可避的発見の法理に対する批判が参考になる。See, Albert W. Alshuler, *The Exclusionary Rule and Causation: Hudson v. Michigan, and Its Ancestors*, 93 Iowa L. Rev. 1741, at 1805 (2008).

論に限っていえば、被告人らの供述調書の証拠能力が否定されるべきである。以上のことから、既存の政策的見地からの証拠排除と、適正手続に反するとして検討する証拠排除とでは、その判断枠組みが異なり、実際に証拠排除の範囲に影響を与える場合が存在すると考えられる。本件 GPS 捜査は、強制処分法定主義および令状主義という刑事手続における極めて重要な原則に反した、不適正な手続であった。そのことを前提とすれば、証拠能力に関する判断は、従来の枠組みのなかで行われるべきものではなく、これとは別に、適正手続の保障の観点から証拠排除を行う道を模索すべきであったといえる。

四 おわりに

以上、手短な検討ではあるが、本件最高裁判決が、原審および原原審とは異なる立場をとったことを前提とした証拠排除を検討すべきであった点を指摘した。現在、わが国の排除法則は極めて政策的な見地からの議論がなされており、さらにそれゆえに排除基準に関する議論も閉塞状態であり、現状を確認するのみで、排除法則のあるべき姿を検討することはあまりされない。本件最高裁判決は、証拠排除に関するものではなかったが、しかし、問題とされた新たな捜査手法について、既存の強制処分に技巧的に当てはめるあるいは法創造をするようなこれまでの立場を捨て、強制処分法定主義および令状主義に反することを正面から認める革新的な判断であったため、願わくは、このような手法を利用して獲得された証拠の証拠能力についてもその立場からの判断がなされていれば、と考える。

本最高裁判決の後、GPS 捜査を違法な強制処分とし、これによって獲得された証拠の証拠能力が否定されるケースは珍しいものではなくなったが、やはり、GPS 捜査によって得られた証拠の証拠能力判断にあたっては、従来の枠組みが用いられている。たとえば、奈良地裁葛城支部平成29年6月19日判決²⁸は、本最高裁判決に従って GPS 捜査を違法な強制処分としつつ、警察官らの「規範ひいては令状主義軽視の姿勢」、奈良県警の定める運用要領が GPS 捜査について保秘の徹底を求めることが「GPS 端末を利用した捜査の適法性に係る司法審査を事前にも事後にも困難にするものであって、令状主義の精神に反する」、そのうえ、その後の警察官ら

28 LEX/DB25546108。

の供述から、本件以外にも私物を用いて GPS 捜査を複数回実施していたことが窺われることを併せて考慮し、本件 GPS 捜査を、「令状主義の精神を潜脱し、没却するような重大なものであると評価されてもやむを得ない」と判断して本件 GPS 捜査によって直接的に得られた証拠と、これがなければ得られなかったと認められた証拠の証拠排除に至った。その一方、各事情から密接関連性を否定するという手法で、第二次証拠の証拠能力を認めている。

いずれにしても、強制処分法定主義および令状主義に反する極めて重大な、適正手続を欠いた捜査手法であることを前提としながら、適正手続の保障の観点ではなく、従来の政策的な見地からの証拠排除の検討は続けられており、当該捜査の違法の認定と証拠排除判断の間の統一性を欠くものと考えられるのである。今後も、継ぎ接ぎのされた歪な排除法則が用いられることが予想される。その適否については、今後の判例および裁判例の集積を待つよりほかない。

（筑波大学人文社会系助教）